

Tilburg University

## Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief

Lavrijssen, Saskia

*Published in:*  
RegelMaat

*Publication date:*  
2015

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Lavrijssen, S. (2015). Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief. *RegelMaat*, 30(3), 182-201.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief

S. Lavrijssen

## Inleiding

Het EU-recht heeft een onmiskenbaar grote invloed op de ontwikkeling van het markttoezicht in de EU-lidstaten. Het EU-recht stelt steeds strengere eisen aan de onafhankelijkheid van de marktautoriteiten, waarbij het gaat om onafhankelijkheid van de marktpartijen en sinds de inwerkingtreding van de derde generatie energie- en elektronische-communicatierichtlijnen ook om onafhankelijkheid van de politiek.<sup>1</sup> In Nederland is de Autoriteit Consument & Markt (ACM) voor een groot deel met het markttoezicht belast. De ACM is verantwoordelijk voor het algemene mededingingstoezicht, het toezicht op de naleving van de consumentenbeschermingsregels en voor het toezicht op en de regulering van de energie-sector, de transportsector en de elektronische-communicatiesector. Om de onafhankelijkheid van de ACM te waarborgen heeft de ACM de status van zelfstandig bestuursorgaan.<sup>2</sup>

Bij de oprichting van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de energiekamer van de NMa – inmiddels alle opgegaan in de ACM – was het niet de bedoeling om naar het voorbeeld van het Anglo-Saksische model ‘economic regulators’ op te richten die beschikken over ruime en regulerende bevoegdheden om het proces van liberalisering en de herstructurering van de netwerksectoren door te voeren.<sup>3</sup> Echter, onder invloed van het EU-recht heeft de ACM wel degelijk ruime discretionaire (regulerende) bevoegdheden gekregen. Bijvoorbeeld bij de handhaving van het Europese en nationale mededingingsrecht moet de ACM invulling en toepassing geven aan begrippen als relevante markt, marktmacht en misbruik van machtspo-

1 S.A.C.M. Lavrijssen & A.T. Ottow, ‘Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept’, *Legal Issues of Economic Integration* (39) 2012, afl. 4, p. 419-445.

2 Zie voor een kritische analyse van de vormgeving van de onafhankelijkheid van de ACM: L.M. Schouten & A.J.C. de Moor-van Vugt, ‘De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt’, *SEW* 2015, afl. 2, p. 62-75.

3 S.A.C.M. Lavrijssen, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen van good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 25-26.

sitie.<sup>4</sup> Dit zijn exercities die een aanzienlijke beoordelingsvrijheid impliceren. In de energie- en communicatiesector gaan de bevoegdheden verder omdat de ACM ter uitvoering van de relevante Europese richtlijnen proactief en ex ante regels kan stellen voor bepaalde marktpartijen. In de communicatiesector kan zij ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht aanwijzen en deze ondernemingen specifieke verplichtingen opleggen, bijvoorbeeld inzake de transparantie van de boekhouding en de hoogte van de tarieven.<sup>5</sup> In de energiesector stelt de ACM vooraf de netwerkstarieven,<sup>6</sup> de methode voor de berekening van de tarieven<sup>7</sup> en de codes voor de toegang tot de elektriciteitsnetwerken en gastnetwerken vast.<sup>8</sup> Deze bevoegdheden omvatten de bevoegdheid tot de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften. De betreffende voorschriften worden vastgesteld op basis van de wet, zij stellen zelfstandige bindende normen met externe werking en bevatten algemene, abstracte regels die geschikt zijn voor herhaalde toepassing.<sup>9</sup>

Deze bijdrage stelt de vraag centraal of en hoe de Europese onafhankelijkheidsvereisten in overeenstemming zijn met het legaliteitsbeginsel en het democratiebeginsel, en of deze beginselen ook op een andere wijze moeten/kunnen worden ingevuld gelet op de Europese ontwikkelingen inzake markttoezicht. Het democratiebeginsel vereist dat burgers – direct dan wel indirect – betrokken zijn bij de totstandkoming van besluiten.<sup>10</sup> Het beginsel verlangt dat eenieder gelijke mogelijkheden heeft om invloed op het overheidshandelen uit te oefenen.<sup>11</sup> In Nederland wordt dit beginsel gerealiseerd via het representatieve parlementaire stelsel. Indien regelgevende bevoegdheden worden gedelegeerd door de wetgever, moet de invloed van burgers worden gewaarborgd via inspraakprocedures en openbaarheid van bestuur.<sup>12</sup>

Het legaliteitsbeginsel vloeit voort uit het democratiebeginsel en houdt in dat het eenzijdig juridisch of feitelijk ingrijpen van de overheid in de rechten en vrijheden

4 Volgens art. 3 lid 1 Verordening 1/2003 moet de ACM het Europese mededingingsrecht toepassen ingeval de betreffende mededingingsbeperkende gedragingen de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden. De wetgever heeft de keuze gemaakt dat het nationale mededingingsrecht, zoals neergelegd in de Mededingingswet, zo veel mogelijk in lijn met het Europese mededingingsrecht, de beschikkingen van de Europese Commissie en de Europese rechtspraak moet worden geïnterpreteerd.

5 Hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet.

6 Art. 41c E-wet en art. 81c Gaswet.

7 Art. 41 E-wet en art. 81 Gaswet.

8 Art. 27, 31 en 36 E-wet en art. 12a, 12b en 12f Gaswet.

9 CBb 6 juni 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA7163.

10 W. Witteveen, *De geordende wereld van het recht: een inleiding*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001, p. 230. Zie voor een nadere invulling van de begrippen democratie en rechtsstaat de bijdrage van J.L.W. Broeksteeg in dit nummer.

11 M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 19.

12 Scheltema 1989, p. 20 en S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar de democratisch rechtstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zbo's, meer in het bijzonder op gemeentelijk niveau*, Den Haag: VUGA 1997, p. 45-46.

van de burgers moet berusten op een wettelijke grondslag.<sup>13</sup> Het legaliteitsbeginsel vereist dat de wetgever in de wet de belangrijkste punten regelt en zorgt voor een voldoende duidelijke wettelijke grondslag voor het optreden van de markt- autoriteit.<sup>14</sup> De Nederlandse wetgever vult het legaliteitsbeginsel aan de hand van het beginsel van het primaat van de wetgever in. Dit houdt in dat een loutere bevoegdheidsgrondslag voor overheidsoptreden niet voldoende is. De democratisch gelegitimeerde wetgever moet zelf de belangrijkste voorschriften geven en moet geattribueerde en gedelegeerde bevoegdheden voldoende normeren.<sup>15</sup> Hieruit volgt ook dat de bevoegdheid tot de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften in beginsel bij een democratisch gelegitimeerde wetgever dient te berusten; regelgevende bevoegdheden kunnen niet aan zelfstandige bestuursorganen worden toegekend. Volgens deze traditionele invulling van het legaliteitsbeginsel moet dus terughoudendheid worden betracht met de toekenning van ruime discretionaire en regulerende bevoegdheden aan marktautoriteiten die op afstand van de politiek functioneren.<sup>16</sup> De bevoegdheden van onafhankelijke autoriteiten moeten ook zo beperkt mogelijk worden geïnterpreteerd.<sup>17</sup> Het beginsel van het primaat van de wetgeving is verankerd en uitgewerkt in de Aanwijzingen voor de regelgeving.<sup>18</sup> De Aanwijzingen moeten in acht worden genomen door de departementen bij de opstelling van wetgeving, maar hebben geen bindende externe gevolgen en betreffen geen harde juridische regels. Het beginsel van het primaat van de wetgever kan als een rechtspolitieke invulling van het legaliteitsbeginsel worden gezien.<sup>19</sup>

De bijdrage is als volgt opgebouwd. Als eerste wordt onderzocht welke Europeesrechtelijke eisen gelden voor de onafhankelijkheid van nationale autoriteiten en op welke wijze de eisen worden geïnterpreteerd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof). Aangezien het Hof een aantal belangrijke uitspraken heeft gedaan inzake de interpretatie van de onafhankelijkheidseisen die

13 F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd: de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 62 e.v.

14 Lavrijssen 2006, p. 72 e.v.

15 Lavrijssen 2006, p. 73.

16 Lavrijssen 2006, p. 73; M. Aelen, *Beginnelsen van goed markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 11; S.E. Zijlstra, 'Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheid', *TvOB* 2005, afl. 1, p. 2-6; H.J. de Ru, 'Overheidsbemoeienis met prijzen, een algemene inleiding', in: H.J. de Ru (red.), *Tarieven, regelgeving en toezicht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003a; H.J. de Ru, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden. Commentaar op de preadviezen voor de VAR over: Toezicht op markten', *M&M* 2003b, afl. 5; A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 86 e.v.; L. Hancher, P. Larouche & S. Lavrijssen, 'Principles of Good Market Governance', *Journal of Network Industries* 2003, afl. 4, p. 355-389. Zie ook Ar 124F, *Stcrt.* 1996, 177, p. 16.

17 Zie ook de mening van Broeksteeg in dit nummer. Zie verder Zijlstra 2005, p. 2-6; De Ru 2003a, 2003b. Zie voor een andere opvatting Ottow 2006, p. 86 e.v.; Hancher, Larouche & Lavrijssen 2003, p. 355-389.

18 Zie Ar 124F, *Stcrt.* 1996, 177, p. 16. De toekenning van regelgevende bevoegdheden aan een zbo mag alleen voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft of in bijzondere gevallen, mits is voorzien in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister.

19 Ph. Eijlander, *De wet stellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 37-58.

gelden voor de autoriteit voor de bescherming van persoonsgegevens, wordt bekeken wat de implicaties zijn van deze zaken voor de uitleg van de onafhankelijkheidseisen die betrekking hebben op de marktautoriteiten. Geanalyseerd wordt welke invloed de Europese eisen, zoals geïnterpreteerd door het Hof, hebben op de institutionele onafhankelijkheid, ofwel de onafhankelijke positionering en de institutionele vormgeving van de autoriteiten. Ook wordt gezien welke eisen het Europees recht stelt aan de functionele onafhankelijkheid van de autoriteiten die in de Europese energie- en elektronische-communicatierichtlijnen worden aangeduid als nationale regelgevende of regulerende autoriteiten (NRI's). Hierbij wordt ingegaan op de aard en de onafhankelijkheid van de bevoegdheden van de autoriteiten. Vereisen de Europese bepalingen daadwerkelijk dat bevoegdheden van regelgevende aard, die inhouden dat algemeen verbindende voorschriften worden opgesteld, worden toegekend aan de autoriteiten, en zo ja, op welke wijze? Vervolgens wordt onderzocht hoe deze ontwikkelingen zich verhouden tot het democratiebeginsel, het legaliteitsbeginsel en het beginsel van het primaat van de wetgever. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

## Europese onafhankelijkheidseisen

### *Sectorspecifieke bepalingen*

De Europese eisen inzake de onafhankelijkheid van de nationale autoriteiten bestaan uit twee elementen.<sup>20</sup> Het eerste element is niet controversieel en omvat de eis dat de nationale autoriteiten onafhankelijk moeten zijn van de marktdeelnemers, met als doel een *level playing field* te creëren. Het Hof heeft dit aspect van onafhankelijkheid reeds erkend als een bindend beginsel dat voortvloeit uit het verdragsrecht.<sup>21</sup> Dit beginsel is ook vastgelegd in de eerste, tweede en derde gene-

20 Ottow 2006, p. 62-66; S.A.C.M. Lavrijssen & T.N. Nauta, 'De europeanisering van het toezicht op de energiesector', *Tijdschrift voor Energierecht* 2010, afl. 3/4, p. 136-145.

21 HvJ EU 27 oktober 1993, ECLI:EU:C:1993:853, zaak C-69/91 (*Decoster*), par. 19. Zie in dit verband ook S. Lavrijssen & A. Ottow, 'The Legality of Independent Regulatory Authorities', in: L. Besselink, F. Pennings & A. Prechal (red.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 81-82; P. Larouche, *CERRE, Code of Conduct and Best Practices for the Set-up, Operations and Procedure of Regulatory Authorities*, 2014, p. 12; en zie M. de Visser, *Network-based Governance in EC Law: The Example of EC Competition and EC Communications Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 85.

ratie Europese elektronische communicatie- en energierichtlijnen.<sup>22</sup> In Nederland speelt het beginsel van de onafhankelijkheid van de markt een grote rol, omdat de Staat voor 100 procent aandeelhouder is in de landelijke netwerken voor de transmissie van gas en elektriciteit.

Er bestaat meer discussie over het tweede element van onafhankelijkheid, namelijk de eis dat de nationale autoriteiten eveneens, tot op zekere hoogte, onafhankelijk moeten zijn van de politiek (de verantwoordelijke minister en het parlement).<sup>23</sup> Dit houdt in dat de nationale autoriteiten zelfstandig uitvoering moeten kunnen geven aan de Europese richtlijnen in een concrete zaak zonder beïnvloeding van de uitvoerende macht. Niettemin zijn de nationale autoriteiten wel gebonden aan het algemene overheidsbeleid bij de uitoefening van hun bevoegdheden in een individueel geval.<sup>24</sup>

In de doctrine zijn verschillende argumenten uiteengezet die pleiten voor een bepaalde mate van politieke onafhankelijkheid van de nationale autoriteiten, namelijk het garanderen van een consistente en onpartijdige besluitvorming, de noodzaak van besluitvorming over technisch complexe zaken op basis van een deskundig oordeel en het belang van een effectieve, efficiënte en eerlijke besluitvorming.<sup>25</sup> Deze redenen hebben ook een rol gespeeld bij de formulering van de Europese onafhankelijkheidsvereisten in de richtlijn voor de bescherming van persoonsgegevens en de derde generatie Europese richtlijnen in de netwerksecto-

22 Lavrijssen & Nauta 2010, verwijzend naar Hancher, Larouche & Lavrijssen 2004, p. 360-361, HvJ EU 19 maart 1991, ECLI:EU:C:1991:120, C-202/88 (*Frankrijk/Commissie*), HvJ EU 27 oktober 1993, ECLI:EU:C:1993:853, zaak C-69/91 (*Decoster*), HvJ EU 13 december 1991, ECLI:EU:C:1991:474, zaak C-18/88 (*GB-Inno*) en HvJ EU 6 maart 2008, ECLI:EU:C:2008:143, zaak C-82/07 (*Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*). Art. 22 Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, *PbEG* 1998, L 204/1 en art. 22 Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 1996, L 27/2, alsmede art. 3 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PbEG* 2003, L 108/33 en art. 25 Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, *PbEG* 2003, L 176/57 en art. 23 Richtlijn 2003/54 EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, *PbEG* 2003, L 176/37.

23 Hancher, Larouche & Lavrijssen 2004, p. 360 en verder Lavrijssen & Nauta 2010, p. 136-145.

24 De Visser 2008, p. 119.

25 Zie uitgebreid: Lavrijssen & Ottow, 2012, p. 419-445, T. Tridimas, 'Community Agencies, Competition Law and ESCB Initiatives on Securities Clearing and Settlement', in: 28 *Yearbook of European Law* 2009, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 216-307, B.M.J. van der Meulen, 'Marktautoriteiten, aanzet tot een interne rechtsvergelijking', in: B.M.J. van der Meulen & A.T. Ottow (red.), *Toezicht op markten* (VAR-reeks 130), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 49 en L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters, markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, jrg. 135), Deventer: Kluwer 2005, p. 195-197.

ren.<sup>26</sup> De letterlijke tekst van de relevante bepalingen wordt weergegeven in de bijlage.

Een vergelijking van de betreffende bepalingen laat zien dat de onafhankelijkheidsbepalingen inzake de autoriteit voor de bescherming van persoonsgegevens het meest vergaand zijn geformuleerd. Deze autoriteit moet de taken ‘in volledige onafhankelijkheid’ uitvoeren. De nationale autoriteiten in de energie- en communicatiesector moeten de bevoegdheid hebben om hun regulerings taken op autonome wijze – vrij van politieke invloed – uit te oefenen. Zij mogen van geen enkele andere instantie instructies vragen of aanvaarden bij de dagelijkse uitoefening van hun taken waarbij zij uitvoering geven aan het EU-recht. In tegenstelling tot de richtlijn inzake de bescherming van persoonsgegevens wordt in de energie- en communicatierichtlijnen expliciet vermeld dat de autoriteiten niet volledig onafhankelijk zijn van politieke en juridische verantwoordingsmechanismen die in overeenstemming met de nationale constitutionele tradities worden uitgeoefend. De autoriteiten moeten nog steeds algemene beleidsregels – niet betrekking hebbende op de dagelijkse uitoefening van hun bevoegdheden – van de regering respecteren. Zoals later zal blijken bij de bespreking van relevante rechtspraak van het Hof inzake de onafhankelijkheid van de autoriteit voor de bescherming van persoonsgegevens, lijken dergelijke beleidsregels bij het privacytoezicht te zijn uitgesloten. Verder wordt expliciet gemaakt dat de beslissingen van de nationale autoriteiten voor beroep vatbaar zijn bij een beroepsinstantie, ter waarborging van het recht op effectieve rechtsbescherming van de burgers die door deze beslissingen worden geraakt.<sup>27</sup> De onafhankelijkheidsbepalingen uit de energie- en communicatierichtlijnen geven ook minimumregels over de personele, financiële en functionele onafhankelijkheid van de nationale autoriteiten. Hierbij wordt aanzienlijke beleidsvrijheid gelaten aan de lidstaten om de politieke onafhankelijkheid van de autoriteiten te realiseren.<sup>28</sup>

26 Zie art. 28 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 1995, L 281, p. 0031-0050. Art. 3 lid 2 Kaderrichtlijn (Richtlijn 2002/21/EG, *PbEG* 2002, L 108/33), zoals gewijzigd door art. 3 lid 3bis Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2009, L 337/37), art. 35 Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *PbEG* 2009, L 211/56 en art. 39 Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, *PbEG* 2009, L 211/94.

27 Art. 35 en 37 Richtlijn 2009/72/EG, art. 39 en 41 Richtlijn 2009/73/EG en art. 4 Richtlijn 2002/21/EG, zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG.

28 Bijv. de Europese energie- en elektronische-communicatierichtlijnen bevatten geen specifieke bepalingen inzake de benoemingsprocedure van de bestuursleden van de toezichthouders of regels voor de sanctiëring van personeel dat de onafhankelijkheidsregels heeft geschonden.



*Het vage onderscheid tussen beleid en uitvoering*

Lezing van de energie- en communicatierichtlijnen laat zien dat algemene beleidsregels van de minister zijn toegestaan, maar deze mogen geen betrekking hebben op de wijze waarop de nationale autoriteiten hun reguleringsbevoegdheden, zoals de vaststelling van tarieven en tarievenmethodes, uitvoeren. Het is nog niet duidelijk wat de precieze betekenis van de Europese onafhankelijkheidseisen is, ook omdat het in de praktijk van economische regulering erg lastig is om een onderscheid te maken tussen beleidsvorming en beleidsuitvoering.<sup>29</sup>

Hanretty en anderen betogen dat een redelijke interpretatie van de onafhankelijkheidseisen inhoudt dat beleidsregels betrekking hebben op beleidskeuzes die zo algemeen zijn dat zij geen duidelijke controverses tussen de verschillende marktpelers veroorzaken en geen directe economische consequenties hebben voor de verschillende spelers.<sup>30</sup> Volgens die gedachtegang kunnen algemene beleidsregels van de minister, bijvoorbeeld, bepalen dat de marktautoriteiten moeten bijdragen aan de bevordering van de Europese milieu- en klimaatdoelstellingen, van een adequaat niveau van netwerkinvesteringen en van de leveringszekerheid. Echter, de verantwoordelijkheid voor de wijze waarop deze doelen moeten worden gerealiseerd, zoals de keuze voor een tariefmethode en het ontwerp van reguleringsmethodes voor de realisatie van deze doelen, ligt bij de marktautoriteit. In het hiernavolgende wordt nader geanalyseerd op welke wijze het Hof de Europese onafhankelijkheidseisen uit de Europese richtlijn voor de bescherming van persoonsgegevens en uit de eerste en tweede generatie liberaliseringsrichtlijnen interpreteert. Onderzocht wordt of, en zo ja, welke juridische implicaties deze uitspraken hebben voor de interpretatie van de onafhankelijkheidseisen uit de derde generatie energie- en elektronische-communicatierichtlijnen.

### **Interpretatie van de Europese onafhankelijkheidsvereisten door het Hof in de privacyzaken**

Bestudering van rechtspraak van het Hof laat zien dat het Hof de Europese onafhankelijkheidseisen op ruime, teleologische wijze pleegt uit te leggen. Bijvoorbeeld in zaak C-518/07 (*Commissie/Duitsland*) had de Commissie een beroep ingesteld bij het Hof, omdat zij van mening was dat de Duitse autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens door de niet-publieke sector niet voldoen aan de onafhankelijkheidsvereisten van Richtlijn 95/46/EG.<sup>31</sup> Hoewel de wetten van de *Länder* verschillen, hebben zij gemeen dat

29 C.J. Hanretty, P. Larouche & A.P. Reindl, *Independence, Accountability and Perceived Quality of Regulators* (a CERRE Study), 2012, p. 14.

30 Hanretty, Larouche & Reindl 2012, p. 15.

31 HvJ EU 9 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:125, zaak C-518/07 m.nt. H.R. Kranenborg, *SEW* 2010/10, p. 419-423, A. Ottow, 'Onafhankelijkheid van toezichthouders', *TvT* 2010, afl. 1, p. 78-86 en G. Overkleeft-Verburg, *JB* 2010/96.



deze autoriteiten uitdrukkelijk aan overheidstoezicht zijn onderworpen.<sup>32</sup> Dit hoeft geen beïnvloeding te impliceren, maar er is, zo oordeelde het Hof, vanwege 'het loutere gevaar dat de instanties die belast zijn met het overheidstoezicht een politieke invloed kunnen uitoefenen op de beslissingen van de toezichthoudende autoriteiten' daardoor geen sprake van 'volledige onafhankelijkheid'.

Ook stelt het Hof in deze zaak expliciet aan de orde hoe de onafhankelijkheidsvereisten zich verhouden tot het democratiebeginsel. Volgens de Duitse staat is een ruime uitleg van het onafhankelijkheidsbeginsel strijdig met het beginsel van democratie. Echter, het Hof is van mening dat dit beginsel niet belet dat er buiten de klassieke overheidsbureaucratie instanties bestaan die daarvan in meer of mindere mate onafhankelijk zijn. Hoewel deze autoriteiten niet mogen worden beïnvloed vanuit de politiek ten aanzien van de wijze waarop ze hun taken uitoefenen, vinden zij hun grondslag in nationale wetgeving, moeten ze deze wetgeving naleven en staan zij onder toezicht van de rechter. Volgens het Hof is dit voldoende voor de waarborging van het democratiebeginsel.<sup>33</sup>

In de Duitse zaak kwam niet aan de orde wat het onafhankelijkheidsvereiste precies betekent voor de organisatorische, budgettaire en personele aspecten van de toezichthoudende autoriteit.<sup>34</sup> Het Hof maakte uitsluitend de opmerking dat de vereiste onafhankelijkheid niet uitsluit dat de bestuurders van deze autoriteit worden benoemd door het parlement of de regering (ex-antecontrole) en dat er een verslagleggingsplicht geldt voor de autoriteiten ten opzichte van het parlement (ex-postcontrole). Deze opmerking roept vragen op, want in de praktijk blijkt dat juist door benoemingen (of ontslagen) veel invloed kan worden uitgeoefend op het opereren van op papier onafhankelijke autoriteiten.<sup>35</sup>

De zaak C-614/10 (*Commissie/Oostenrijk*) gaat verder waar de Duitse zaak ophield.<sup>36</sup> Volgens het Hof gaat het erom te onderzoeken of, zoals de Commissie betoogt, de in Oostenrijk geldende regeling de DSK (de *Datenschutzkommission*) ervan weerhoudt haar taken 'in volledige onafhankelijkheid' te vervullen. Het Hof geeft in de Oostenrijkse zaak explicieter aan wat het onder functionele onafhankelijkheid verstaat, namelijk het gegeven dat de leden van de DSK op grond van de geldende wetgeving 'bij de uitoefening van hun functie onafhankelijk zijn en door geen enkele instructie zijn gebonden'.<sup>37</sup> Het is evenwel niet voldoende dat de

32 Conclusie van A-G J. Mazák van 12 november 2009 bij HvJ EU, 9 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:125, zaak C-518/07, voetnoot 5: 'Toegespitst op de inrichting van het nalevingstoezicht op de wetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens oordeelt het Hof, dat organisatorische-hiërarchische inbedding hiervan in een ministerie, zoals bij het toezicht op de particuliere sector in een aantal Duitse Länder het geval is (het inspectie-model), niet is toegestaan.' Zie noot G. Overkleef-Verburb in *JB* 2010/96.

33 HvJ EU, zaak C-518/07, r.o. 41-46.

34 Zie S.A.C.M. Lavrijssen & M.L.P. Groenleer, Annotatie bij HvJ EU, zaak C 614/10, uitspraak van 16 oktober 2012, *JBP* 2013, afl. 1, p. 22-33.

35 M. Busuioc & M. Groenleer, 'The Theory and Practice of EU Agency Autonomy and Accountability', in M. Everson, C. Monda & E. Vos (red.), *European Agencies in between Institutions and Member States*, Deventer: Kluwer, nog te verschijnen.

36 Zie Lavrijssen & Groenleer 2013.

37 R.o. 42.

wetgeving de functionele onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteit waarborgt; de autoriteit moet ook daadwerkelijk onafhankelijk kunnen functioneren. Dat wil bijvoorbeeld zeggen dat zelfs het vaststellen van algemene regels door een ministerie in strijd zou kunnen zijn met het onafhankelijkheidsvereiste als deze regels gevolgen hebben voor specifieke gevallen.<sup>38</sup> Het is volgens het Hof niet strikt noodzakelijk dat de toezichthoudende autoriteit een eigen budget en personeel heeft; Richtlijn 95/46 bepaalt niet dat de autoriteit zelf volledig organisatorisch onafhankelijk moet zijn. De toezichthouder moet wel over voldoende personeel en financiële middelen beschikken om zijn taken zelfstandig uit te kunnen voeren, hetgeen een zekere organisatorische relatie met een ministerie impliceert.<sup>39</sup> De Commissie heeft begin 2012 reeds een voorstel gedaan om de eisen inzake de organisatorische, financiële en personele onafhankelijkheid van de autoriteiten voor de bescherming van persoonsgegevens nader uit te werken in Europese wetgeving.<sup>40</sup>

Recentelijk heeft het Hof uitspraak gedaan in een zaak die door de Commissie aanhangig was gemaakt tegen de Hongaarse staat. Uit deze uitspraak volgt dat de lidstaten de duur van het mandaat van de bestuurder van de autoriteit voor de bescherming van persoonsgegevens moeten respecteren tot het verstrijken ervan en dat dit slechts op grond van in de wet genoemde zwaarwegende redenen kan worden beëindigd.<sup>41</sup> Als de wetgever voorziet in een verandering van het institutioneel model, is dit geen rechtvaardiging voor beëindiging van het mandaat, maar moet worden voorzien in overgangsmaatregelen waarmee de eerbiediging van de duur van het mandaat wordt gewaarborgd.<sup>42</sup>

### Wat betekenen de privacyzaken voor het markttoezicht?

De vraag rijst wat de besproken uitspraken betekenen voor het toezicht op de energie- en elektronische-communicatiesector. Het Hof verwijst bij de uitleg van de onafhankelijkheidsvereisten in de Oostenrijkse zaak naar de fundamentele status van het recht op de bescherming van persoonsgegevens, waarop ook krachtens het Grondrechtenhandvest en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) onafhankelijk toezicht moet worden gehouden. Hiermee onderscheidt het toezicht op de gegevensbescherming zich van andere vormen van toezicht, zoals het markttoezicht op de netwerksectoren. Desalniettemin hebben Lavrijssen en Ottow bepleit dat de relevantie van de Europese uitspraken

38 R.o. 42.

39 R.o. 58-61, zie Lavrijssen & Groenleer 2013.

40 Zie art. 47-49 van het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), COM(2012)11 final. Deze concept-Verordening is nog niet in werking getreden. Het Europees Parlement heeft de Verordening reeds goedgekeurd en deze ligt nu bij de Raad van Ministers.

41 HvJ EU, zaak C-288/12 (*Europese Commissie/Hongarije*), r.o. 53.

42 R.o. 60-61.

voor het markttoezicht hierin bestaat dat het Hof de Europese onafhankelijkheidsvereisten op een ruime en teleologische wijze interpreteert.<sup>43</sup> Eerder paste het Hof deze methode ook toe bij de interpretatie van de eisen inzake de onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteiten van de marktpartijen en bij de uitleg van hun bevoegdheden uit de eerste en de tweede generatie Europese richtlijnen. In zaak C-55/06 (*Arcor*) interpreteerde het Hof de bevoegdheden van de telecommunicatieautoriteiten op ruime wijze.<sup>44</sup> De autoriteiten moeten de nodige bevoegdheden hebben om hun taken en doelstellingen van de Europese richtlijnen op een effectieve wijze te realiseren. Daarbij moet de autoriteit volgens rechtspraak van het Hof voldoende flexibiliteit hebben om conflicterende belangen tegen elkaar af te wegen. In dit verband zijn de volgende overwegingen uit zaak C-424/07 (*Commission/Duitsland*)<sup>45</sup> relevant:

‘(...)

89 Volgens artikel 8, lid 1, van de kaderrichtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de NRI's bij de uitvoering van de in de kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven *regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel 8*.

90 Bovendien volgt uit artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn dat de verplichtingen die worden opgelegd krachtens deze artikelen, gebaseerd moeten zijn op de aard van het geconstateerde probleem en evenredig en verantwoord moeten zijn in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn. 91 Uit deze bepalingen volgt dat de NRI's de reguleringsdoelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn moeten bevorderen bij de uitvoering van de in het gemeenschappelijke regelgevingskader omschreven regulerings taken. Zoals de advocaat-generaal in punt 64 van zijn conclusie opmerkt, is het bijgevolg ook de taak van de NRI's en niet van de nationale wetgever om deze doelstellingen af te wegen bij de definitie en de analyse van een relevante markt die voor regulering in aanmerking komt.'

Het is niet ondenkbaar dat het Hof voornoemde teleologische interpretatiemethode ook zal toepassen bij de interpretatie van de Europese onafhankelijkheidsvereisten en de bevoegdheden uit de derde generatie Europese energie- en

43 Lavrijssen & Ottow 2012, p. 419-445.

44 HvJ EU 24 april 2008, ECLI:EU:C:2008:244, zaak C-55/06 (*Arcor*), r.o.59: 'Bijgevolg dient de derde vraag, sub e, aldus te worden beantwoord dat uit artikel 4, leden 1 en 2, van verordening nr. 2887/2000 volgt dat de NRI's bij de toetsing van de tarieven van de aangemelde exploitanten voor het verschaffen van ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerk aan het in artikel 3, lid 3, van deze verordening neergelegde tariefbeginsel, over een uitgebreide bevoegdheid beschikken om deze tarieven uit verschillende oogpunten te beoordelen en zelfs om de prijzen, dat wil zeggen de voorgestelde tarieven, te wijzigen. Deze uitgebreide bevoegdheid heeft ook betrekking op de door de aangemelde exploitanten gemaakte kosten, zoals de interesten op het geïnvesteerde kapitaal en de afschrijvingen van de vaste activa, de berekeningsgrondslag hiervoor en de modellen op basis waarvan deze kosten boekhoudkundig worden gestaafd.'

45 HvJ EU 3 december 2009, ECLI:EU:C:2009:749, zaak C-424/07 (*Commission/Duitsland*).

communicatierichtlijnen.<sup>46</sup> Hoewel de tekst van artikel 8 lid 1 van de Kaderrichtlijn – zoals hierboven weergegeven in het citaat – spreekt over ‘regelgevende taken’, is niet meteen duidelijk of de Europese richtlijn ook eist dat de autoriteiten de bevoegdheid moeten hebben om regelgeving (algemeen verbindende voorschriften) op te stellen. Het artikel zou zo kunnen worden geïnterpreteerd dat de autoriteit alle ‘redelijke maatregelen’ moet kunnen treffen die noodzakelijk zijn voor een effectieve toepassing van het Europees recht. Dit kan dus ook inhouden dat, waar nodig, de autoriteit de bevoegdheid heeft om algemene regels te stellen. Deze bevoegdheid kan niet onbeperkt zijn, want moet zijn gericht op de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn.

In de energiesector wordt expliciet verwezen naar de bevoegdheid van de nationale autoriteit om algemene regels te stellen voor de beheerders van de transmissie- en distributienetwerken. Artikel 37 van Richtlijn 2009/72/EG en artikel 41 van Richtlijn 2009/73/EG geven weer over welke bevoegdheden de nationale regulerende instanties ten minste moeten beschikken.<sup>47</sup> Deze bevoegdheden corresponderen met de taken die op de autoriteiten rusten krachtens de richtlijnen.<sup>48</sup> De richtlijnen bepalen expliciet dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de nationale autoriteiten de bevoegdheden krijgen die hen in staat stellen de hun door de energierichtlijnen toevertrouwde taken op een efficiënte en snelle wijze uit te voeren.<sup>49</sup>

Grofweg zijn de bevoegdheden van de energieautoriteiten te verdelen in de volgende categorieën:

- 1 regulering van de aansluiting op en de toegang tot het transmissie- en distributienetwerk, inclusief de vaststelling van de netwerktarieven of de methodes daartoe, de vaststelling van de balanceringstarieven of de methodes daartoe en de vaststelling van de technische voorwaarden voor nettoegang;
- 2 toezicht op de naleving van de verplichtingen van de Europese richtlijnen en verordeningen door de marktpartijen en monitoring van de markt en de marktpartijen;
- 3 handhaving, door het geven van bindende aanwijzingen, het instellen van onderzoeken, het doen van informatieverzoeken of de oplegging van boetes;
- 4 het opleggen van noodzakelijke en evenredige maatregelen ter bevordering van een daadwerkelijke mededinging;
- 5 geschilbeslechting in geschillen over nettoegang.

Met name de onder 1 genoemde bevoegdheden – de vaststelling van methodes en de vaststelling van technische voorwaarden – betreffen bevoegdheden die algemeen verbindende voorschriften inhouden die de autoriteit onafhankelijk moet

46 Lavrijssen & Ottow 2011, p. 73-95.

47 Zie art. 37 lid 4 Richtlijn 2009/72/EG en art. 41 lid 4 Richtlijn 2009/73/EG. Zie Lavrijssen & Nauta 2010.

48 Zie art. 37 lid 1 Richtlijn 2009/72/EG en art. 41 lid 1 Richtlijn 2009/73/EG.

49 Art. 37 lid 4 Richtlijn 2009/72/EG en art. 41 lid 4 Richtlijn 2009/73/EG.

kunnen uitoefenen.<sup>50</sup> Hier is een duidelijke spanning tussen het Europees recht en de interpretatie van het legaliteitsbeginsel in Nederland te bespeuren. Immers, volgens het laatste beginsel horen dergelijke regulerende bevoegdheden in principe niet thuis bij de onafhankelijke autoriteit.

### Discussie bij de oprichting van de Autoriteit Consument & Markt

De Oostenrijkse zaak en de Duitse zaak over de onafhankelijkheid van de autoriteit voor de gegevensbescherming speelden een rol in de Eerste Kamer bij de behandeling van de Instellingswet ACM – een fusie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie-autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA).<sup>51</sup> In de debatten rees vooral controverse over het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, en daarmee het ontbreken van eigen budget en personeel, bij de nieuwe ‘super’-marktautoriteit. Uit eerder onderzoek bleek dat in de dagelijkse praktijk van de NMa een dergelijke regeling nooit heeft geleid tot directe beïnvloeding.<sup>52</sup> Echter, gelet op de rechtspraak van het Hof moet ook kritisch worden gezien of dit arrangement niet leidt tot een ongewenste indirecte beïnvloeding van de ACM. Daarom zou periodiek moeten worden geëvalueerd door een onafhankelijke instantie (zoals de Rekenkamer) of het gebrek aan rechtspersoonlijkheid niet in de weg staat aan een onafhankelijk functioneren van de ACM.<sup>53</sup>

In het licht van de hierboven geschetste ontwikkeling in de Duitse en de Oostenrijkse zaak was er ook discussie over de bevoegdheden die de minister van Economische Zaken (EZ) zou behouden om besluiten van de ACM te vernietigen en om beleidsregels op te stellen waaraan de ACM zich dient te houden. Hoewel algemene beleidsregels dus binnen bepaalde grenzen zijn toegestaan in de energie- en elektronische-communicatiesector, is deze bevoegdheid als gevolg van de onafhankelijkheidseisen uit de derde generatie richtlijnen niet onbeperkt. Per geval dient te worden gezien of de discretionaire bevoegdheid van de ACM niet te veel aan banden wordt gelegd, waardoor onvoldoende speelruimte overblijft om de regulerings taken op een autonome wijze uit te oefenen. Hierbij moet worden aangetekend dat een grijs gebied bestaat ten aanzien van de beleidsregelbevoegdheid van de minister. Als aanknopingspunt kan dienen dat de minister verantwoordelijk is voor het stellen van de beleidsdoelen (bijvoorbeeld de waarborging van een duurzame en betaalbare energievoorziening), terwijl de ACM de nodige ruimte

50 Zie ook HvJ EU 29 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:673, zaak C-274/08 (*Commissie/Zweden*), waarin het Hof oordeelde dat de Zweedse regering door de nationale autoriteiten niet verantwoordelijk te maken voor de goedkeuring van de netwerk tarieven of de methodes tot vaststelling daarvan de verplichtingen overeenkomstig art. 23 lid 2 sub a Richtlijn 2003/54 EG niet was nagekomen.

51 *Kamerstukken I* 2012/13, 33186, D, Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, MvA, p. 4-8. Schouten & De Moor-van Vugt 2015.

52 W. Veeneman, M. Groenleer e.a., *Evaluatie van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)*, Eindrapport, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2010.

53 N. van Eijk, ‘ACM onafhankelijk?’, *NJ* 2011/44-45, p. 2987.

nodig heeft om te bepalen met welke instrumenten zij deze doelen moet realiseren, zoals de vormgeving van de tariefregulering.<sup>54</sup> Het is daarom van belang dat de uitoefening van de beleidsregelbevoegdheid door de minister transparant wordt uitgeoefend en dat vooraf wordt bepaald in welke gevallen de minister beleidsregels mag opstellen. Helaas is de beleidsregelbevoegdheid van de minister in de Instellingswet ACM niet met dergelijke waarborgen omgeven.<sup>55</sup>

Een ander punt is dat de minister van EZ de bevoegdheid behoudt om op grond van de nationale wetgeving ministeriële regels op te stellen inzake de vaststelling van technische voorwaarden en tariefstructuren voor de regulering van de netbeheerders van de energienetwerken (art. 26b E-wet). Aangezien deze ministeriële regels betrekking hebben op de reguleringstaken en bevoegdheden die de energierichtlijnen aan de nationale autoriteiten toekennen, kan sterk worden betwijfeld of zij in overeenstemming zijn met de Europese onafhankelijkheidseisen. In nieuwe (concept)voorstellen voor aanpassing van de energiewetgeving in het kader van het project Stroom verandert deze situatie niet en behoudt de minister deze controversiële bevoegdheid.<sup>56</sup>

Ook heeft de minister van EZ, net zoals de minister van Veiligheid en Justitie (VenJ) bij het College bescherming persoonsgegevens de bevoegdheid om het bestuursreglement van de ACM goed te keuren (zie art. 4 Instellingswet) en heeft de minister een ruim omschreven inlichtingenrecht (art. 20 Kaderwet zbo's). Door gebruikmaking van deze bevoegdheden zou de minister in de praktijk een onafhankelijke taakuitoefening door de ACM kunnen belemmeren.

Tijdens de behandeling van de Instellingswet ACM is de minister tegemoetgekomen aan bezwaren van de Eerste Kamer door toe te zeggen dat de bevoegdheid tot de vernietiging van besluiten van algemene strekking wegens onbevoegdheid (art. 10 Instellingswet ACM) niet wordt toegepast op de gereguleerde sectoren (telecommunicatie, spoor en energie).<sup>57</sup> Tegelijkertijd perkte hij op verzoek van de Eerste Kamer de onafhankelijkheid van de ACM in door de handhaving van zijn bevoegdheid tot de goedkeuring van beleidsregels van de ACM op grond van de Mededingingswet (Mw). Daarbij maakte de minister wel de opmerking dat deze goedkeuringsbevoegdheid niet van toepassing kan zijn op het sectorspecifieke toezicht vanwege de specifieke onafhankelijkheidsvereisten die op grond van het Europees recht hiervoor gelden.<sup>58</sup> Als gevolg is de onafhankelijkheid van de ACM op inconsistente wijze geregeld, waarbij de onafhankelijkheid op sommige gebieden verder gaat dan op andere gebieden. Hoewel de Europese eisen voor de energie- en telecommunicatiesector strikt genomen verder gaan dan die voor andere gebieden, gelden de redenen voor deze eisen (onpartijdige, objectieve

54 Hanretty, Larouche & Reindl 2012, p. 14-15.

55 CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470, AWB 09/162, AWB 09/163, AWB 09/164, AWB 09/169, AWB 09/170, AWB 09/417 (*EnergieNed en VEMW/Raad van Bestuur van de NMa*) en A.T. Ottow & S. Lavrijssen, 'Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouder', *TvT* 2011, afl. 3, p. 34-50.

56 Zie voor meer informatie: <[www.internetconsultatie.nl/wsvstroom](http://www.internetconsultatie.nl/wsvstroom)>.

57 Zie art. 10 Instellingswet ACM.

58 Art. 51 Mw, Stenogram Eerste Kamer, 12 februari 2013, p. 12-13.



en effectieve taakuitoefening) onverkort voor alle gebieden waarop de ACM actief is. Het is dus jammer dat de kans niet is gegrepen om de onafhankelijkheid goed te regelen en meer preventieve waarborgen in te bouwen om te voorkomen dat de minister op onrechtmatige wijze intervenieert in de besluitvorming van de ACM.

### **Andere invulling van democratiebeginsel**

Uit de voorgaande analyse volgt dat het EU-recht geleidelijk aan de institutionele autonomie van de lidstaten bij de vormgeving van het onafhankelijk markttoezicht en het privacytoezicht heeft ingeperkt. Niet alleen is de politieke onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteiten vergroot. De autoriteiten dienen ook over de nodige bevoegdheden te beschikken om juridische en economische keuzes te maken. Hierbij kan het, indien redelijk en noodzakelijk voor een effectieve uitoefening van het Europees recht, gaan om de bevoegdheid tot de opstelling van algemeen verbindende voorschriften. Deze bevoegdheden staan op gespannen voet met de wijze waarop in Nederland traditioneel het democratie- en legaliteitsbeginsel worden ingevuld. Broeksteeg stelt in dit nummer in dit verband: 'Aldus ontstaat het gevaar van een staat in een staat; een overheidsinstantie die regels vaststelt en uitvoert, en tegelijkertijd nauwelijks is te controleren door politieke ambten.' Hoewel het van belang is dat de toekenning van regelgevende bevoegdheden aan autoriteiten die op afstand van de politiek functioneren kritisch wordt bekeken, moeten deesignaleerde gevaren niet worden overtrokken en kunnen zij worden beteugeld. Ten eerste is van belang dat de onafhankelijke autoriteiten nooit volledig onafhankelijk van de politiek functioneren. Zoals ook door het Hof erkend in de eerste privacyzaak zijn zij daarom niet in strijd met het democratiebeginsel. Vertegenwoordigende organen controleren nog steeds de hoofdlijnen van het beleid, alleen wordt de meer gedetailleerde uitvoering daarvan overgelaten aan de toezichthoudende autoriteit. Ten tweede is van belang dat de toekenning van de bevoegdheid aan de autoriteiten om bepaalde economische en juridische keuzes te maken juist kan bijdragen aan een effectieve toepassing van de wet. De autoriteit moet vaak complexe economische, juridische en technische afwegingen maken, zoals de vaststelling van een methode voor de waardering van de kosten van het kapitaal van de energienetwerken, waarover op politiek niveau niet of niet gemakkelijk overeenstemming kan worden bereikt. De deskundige autoriteit bevindt zich in een meer geschikte positie om deze keuzes op autonome, transparante en onpartijdige wijze te maken. Dit is een betere waarborg voor een consistente, voorspelbare en deskundige toepassing van de wet, met als resultaat dat de doelstellingen van de wetgeving beter worden gerealiseerd en recht wordt gedaan aan de wil van het volk die is neergelegd in de wetgeving.

Zoals hierboven uiteengezet, biedt zowel het EU-recht als het nationale recht de ruimte om het democratiebeginsel en het legaliteitsbeginsel op een andere, minder traditionele wijze, in te vullen. Van belang is dat recht wordt gedaan aan de kern van deze beginselen, namelijk dat het volk gelijke mogelijkheden heeft om



invloed uit te oefenen op de regels die tot stand komen en dat het ingrijpen in de levenssfeer van de bevolking is gebaseerd op een wettelijke grondslag. Het is daarbij niet vereist dat de wetgever elk detail in de wet vastlegt. Het is mogelijk dat onafhankelijke autoriteiten regulerende bevoegdheden hebben, mits voldoende *checks and balances* worden ingebouwd om een evenwichtige bevoegdheidsuitoefening door de nationale autoriteiten en respect voor de wil van de wetgever te borgen.<sup>59</sup> Hierbij speelt de verantwoording aan de democratisch gekozen organen nog steeds een rol bij de controle van de autoriteiten, maar deze processen worden wel op een andere wijze – meer op hoofdlijnen – ingevuld.<sup>60</sup> Zoals het Hof benadrukt, houdt een andere invulling van het democratiebeginsel in ieder geval in dat de wetgever de doelstellingen, taken en bevoegdheden van de nationale autoriteit vastlegt, dat deze autoriteit verantwoording aflegt aan de politiek door het sturen van jaarverslagen en dat zij kan worden gecontroleerd door een onafhankelijke rechter.<sup>61</sup> De rechter is het sluitstuk voor de waarborging dat het recht, en daarmee de rechtsstaat en het democratiebeginsel, wordt gerespecteerd.<sup>62</sup>

Daarnaast zijn de marktautoriteiten ook steeds meer onderworpen aan Europese controleprocessen. Zo moeten de marktautoriteiten verantwoording afleggen aan de Europese Commissie. Laatstgenoemde kan opmerkingen maken ten aanzien van individuele besluiten van de ACM bij de toepassing van het mededingingsrecht, het energierecht en het elektronische-communicatierecht. Onder sommige omstandigheden kunnen nationale besluiten zelfs worden tegengehouden door de Europese Commissie.<sup>63</sup> Ook werken de nationale autoriteiten steeds meer samen in Europese agentschappen of Europese netwerken, zoals de Agency for the Cooperation of the Energy Regulators, de Body for Electronic Communications Regulators en het European Competition Network.<sup>64</sup> In deze samenwerkingsverbanden leveren nationale autoriteiten commentaar op nationale besluiten, doen ze aan peer review van elkaar *best practices* en leveren zij advies aan de Commissie over voorstellen voor Europese wetgeving. Deze Europese mechanismen vormen een extra waarborg dat de autoriteiten het EU-recht consistent toepassen. Mocht de nationale rechter bij de beoordeling van de nationale besluiten twifelen over de juiste toepassing van het Europees recht, dan kan hij een prejudiciële vraag stellen aan het Hof.

Voorts kent de ACM een transparante praktijk bij de vaststelling van reguleringsbesluiten en legt zij direct verantwoording af aan de belanghebbende partijen

59 Zie over de *checks and balances*-benadering: Aelen 2014, p. 169; Scheltema 1989, p. 19-20; Verhey & Verheij 2005, p. 169.

60 M. Scholten, 'The Democratic Legitimacy of IRAs: Assessing against a Proper Level', Utrecht University School of Law 2014. Zie SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2403797>>, p. 8, 9 en 11.

61 S.A.C.M. Lavrijssen, 'What Role for Administrative Courts in Granting Effective Legal Protection in the Energy Sector?', *European Energy and Environmental Law Review* 2014, p. 219-232.

62 L. Wissink, 'Het (nieuwe) Europese banktoezicht en de uitdagingen in een gemengde rechtsorde', *SEW* 2015, afl. 1, p. 12.

63 Zie bijv. art. 7 lid 4 en 5 Richtlijn 2002/21/EG, zoals gewijzigd door art. 3 lid 3bis Richtlijn 2009/140/EG. Zie uitgebreid Lavrijssen & Ottow 2011.

64 Zie hierover Lavrijssen & Ottow 2012.

(een vorm van publieke of maatschappelijke verantwoording) door hen onder meer te betrekken bij de besluitvorming. Partijen krijgen de mogelijkheid om te participeren in besluitvormingsprocedures. Zij mogen zienswijzen kenbaar maken ten aanzien van consultatiedocumenten. Daarnaast mogen zij opmerkingen maken ten aanzien van ontwerpbesluiten, onder meer via de uniforme openbare voorbereidingsprocedure of via bijzondere wettelijke bepalingen die de inspraak van belanghebbende partijen borgen. Indien de autoriteit geen transparante procedures volgt, kunnen belanghebbenden de besluiten voorleggen aan de rechter.

Participatie, transparantie en verantwoording alsmede de mogelijkheid van rechterlijke toetsing bevorderen dat de autoriteit zorgt voor een rechtmatige invulling van de bevoegdheden alsmede dat bij de belanghebbenden draagvlak bestaat voor de keuzes die de autoriteit maakt.<sup>65</sup> Aldus wordt haar handelen niet alleen via de wet, en via traditionele democratische verantwoordingsmechanismen, maar ook via andere controlemechanismen democratisch gelegitimeerd. Zoals reeds besproken, doen deze nieuwe, deels vervangende manieren van verantwoording recht aan het democratiebeginsel, aangezien zij invloed van de burgers op het overheidsbeleid juridisch verankeren.<sup>66</sup>

## Conclusie

Geconcludeerd wordt dat de ontwikkeling naar een meer politiek onafhankelijke toezichthoudende autoriteit met discretionaire, regulerende bevoegdheden kan worden verenigd met het democratiebeginsel en het legaliteitsbeginsel. Het is uiteengezet dat deze beginselen ruimte laten voor een andere invulling dan de meer traditionele invulling van het beginsel van het primaat van de wetgever, mits voldoende verantwoordingsmechanismen worden ingebouwd die juridische waarborgen bevatten dat burgers inspraak hebben en dat de autoriteit verantwoordelijk kan worden gehouden voor haar optreden door de rechter. Ook is betoogd dat de Europese ontwikkelingen inzake markttoezicht ertoe nopen dat deze beginselen op een nieuwe wijze worden ingevuld. De Europese regels inzake het markttoezicht ontwikkelen zich steeds meer naar een *checks and balances*-benadering, waarbij een mix van politieke, publieke en juridische verantwoordingsinstrumenten moet borgen dat de onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten hun regulerende bevoegdheden op een rechtmatige en redelijke wijze uitoefenen. De invloed van het EU-recht is veel groter geworden dan menig politicus en academicus tien jaar geleden had voorzien. Hoewel het EU-recht de grote lijnen heeft uiteengezet, bestaat een grijs gebied ten aanzien van de precieze interpretatie van de onafhankelijkheidsvereisten en in het bijzonder bij de taakverdeling tussen de minister en

65 Aelen 2014, p. 10; Scholten 2014, p. 11.

66 Hierbij moet worden opgemerkt dat in de praktijk niet alle belanghebbende marktpartijen in gelijke mate gebruik zullen maken van hun rechten tot inspraak. Deze vaststelling kan ertoe leiden dat bepaalde groepen, zoals consumenten, door de overheid in staat worden gesteld om beter gebruik te maken van hun rechten, bijv. door hen te voorzien van informatie en advies. Zie A. van Veen, *Regulation without Representation? Independent Regulatory Authorities and Representative Claim-Making in the Netherlands* (diss. Utrecht), 2014.

de onafhankelijke toezichthoudende autoriteit. Daarom is het te verwachten dat de juridische ontwikkelingen inzake het toezicht op de markt en het privacytoezicht de komende jaren voldoende voer voor juristen zullen blijven opleveren.

## Bijlage

Artikel 28 van Richtlijn 95/46/EG bepaalt:<sup>67</sup>

‘1. Elke Lidstaat bepaalt dat een of meer autoriteiten worden belast met het toezicht op de toepassing op zijn grondgebied van de ter uitvoering van deze richtlijn door de Lid-Staten vastgestelde bepalingen.  
Deze autoriteiten vervullen de hun opgedragen taken in volledige onafhankelijkheid.’

Artikel 35 van Richtlijn 2009/72/EG bepaalt:

‘1. Iedere lidstaat wijst één enkele nationale regulerende instantie op nationaal niveau aan.  
(...)

4. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de regulerende instantie en zorgen ervoor dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Te dien einde waken de lidstaten erover dat de regulerende instantie, bij de uitvoering van de regulerings taken die haar bij deze richtlijn en de aanverwante wetgeving zijn opgelegd:

- a juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit;
- b ervoor zorgt dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer:
  - i onafhankelijk zijn van marktbelangen, en
  - ii bij het verrichten van de regulerings taken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde regulerings taken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten.

5. Om de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te beschermen, waken de lidstaten er met name over dat:

- a de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan, afzonderlijke jaarlijkse begrotingstoewijzingen ontvangt, zodat zij over autonomie beschikt bij de uitvoering van de toe-

67 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 1995, L 281, p. 0031-0050.

gewezen begroting, en de adequate personele en financiële middelen heeft om haar taken uit te voeren, en

- b de leden van het bestuur van de regulerende instantie, of bij afwezigheid van een bestuur, de hogere leiding van de regulerende instantie, worden aangesteld voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar, die eenmaal kan worden verlengd.

In verband met punt b) van de eerste alinea, voorzien de lidstaten in een adequaat rouleringsschema voor het bestuur of de hogere leiding. De leden van het bestuur, of bij afwezigheid van een bestuur, de leden van de hogere leiding, mogen in die termijn uitsluitend van hun ambt worden ontheven als ze niet langer voldoen aan de in dit artikel omschreven voorwaarden of volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag.'

Artikel 3 lid 2 van Richtlijn 2002/21/EG, zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EC,<sup>68</sup> bepaalt:

'Nationale regelgevende instanties

1. De lidstaten zorgen ervoor dat alle taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen, door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd.

2. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze en tijdig uitoefenen. De lidstaten zien erop toe dat de nationale regelgevende instanties over voldoende financiële en menselijke middelen beschikken om de hun toegewezen taken uit te voeren.

3a (3bis in verordening 2009/140/EG). Onverminderd de bepalingen van de leden 4 en 5, treden de nationale regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor marktregulering ex ante of voor de beslechtingen van geschillen tussen ondernemingen overeenkomstig artikel 20 of 21 van deze richtlijn, onafhankelijk op en vragen of aanvaarden zij geen instructies van andere instanties in verband met de uitoefening van deze taken die hun op grond

68 Art. 3 lid 2 Kaderrichtlijn (Richtlijn 2002/21/EG, *PbEG* 2002, L 108/33), zoals gewijzigd door art. 3 lid 3bis Richtlijn 2009/140/EG van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2009, L 337/37).

S. Lavrijssen

van de nationale wetgeving tot omzetting van het Gemeenschapsrecht zijn toegewezen. Dit vormt geen beletsel voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet. Alleen beroepsinstanties die zijn opgezet in overeenstemming met artikel 4, zijn bevoegd besluiten van de nationale regelgevende instanties te schorsen of ongedaan te maken.'